

*De las garantías tradicionales a las garantías derivadas**

Betty Mercedes Martínez-Cárdenas**

Francisco Ternera Barrios***

Recibido: marzo 10 de 2011

Aprobado: mayo 2 de 2011

Resumen

En este ensayo se abordan dos garantías tradicionales: la hipoteca y la prenda. Al lado de estas dos instituciones convencionales, nos ocuparemos de algunas garantías derivadas que han sido propuestas por los operadores jurídicos en el Derecho Comparado.

Palabras clave: hipoteca, prenda, garantía, prenda, hipoteca vitalicia.

* Este trabajo es uno de los productos finales del proyecto, finalizado en junio de 2010, "Proyecciones del Régimen de Garantías en Colombia" de la Línea de Derecho Civil del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Sus autores, Betty Martínez y Francisco Ternera, se desempeñaron como directores del proyecto en comento. El proyecto fue desarrollado desde el mes de febrero de 2008 hasta el pasado mes de junio. Fue financiado en su totalidad por la Universidad del Rosario. El proyecto se apoyó en varios trabajos de campo, indagación y análisis.

Para la elaboración y presentación de estas líneas se empleó un riguroso método cartesiano, compuesto por dos partes, divididas éstas a su vez en dos segmentos. Nos servimos de una lógica formal y material. A lo largo de este escrito nos proponemos dos objetivos fundamentales: ventilar algunos problemas que están aquejando el aparato de cauciones colombianas y presentar algunos modelos foráneos que podrían mitigar esta problemática. Las opiniones aquí expresadas comprometen, exclusivamente, la responsabilidad personal de los autores y no a las instituciones para las cuales trabajan. Todas las citas de textos en francés e inglés son traducciones libres.

** Profesora principal de Derecho Civil Obligaciones y coordinadora del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo electrónico: betty.martinez@urosario.edu.co

*** Profesor principal de Derecho Civil bienes y Derecho Civil Obligaciones. Director de la Línea de Investigación de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: francisco.ternera@urosario.edu.co

From traditional securities to derivated securities

Abstract

In this article we will approach two traditional securities, the mortgage and the pledge or pawn. Next to these two conventional institutions, we will take care of some derived securities that have been proposed by legal operators in the comparative law.

Key words: mortgage, pledge, pawn, proprietary security, inverse mortgage.

Introducción

Bajo el título "De las garantías tradicionales a las garantías derivadas" se hace una serie de reflexiones encaminadas a demostrar la utilidad actual de las garantías tradicionales, hipoteca y prenda, y de otras garantías extraídas del derecho comparado –calificadas en este artículo como garantías derivadas– en la seguridad del crédito.

Como se sabe, en materia de derechos personales o créditos, el acreedor depende ampliamente de su deudor para recibir el beneficio patrimonial de su derecho. Este grado de dependencia del acreedor respecto del deudor impone cierto germen de riesgo. Precisamente, para protegerse de este riesgo, el acreedor puede servirse de *cauciones*: derechos patrimoniales, reales y personales, que brindan seguridad al titular de un derecho personal (Art. 65 C. C.). Las *cauciones* son derechos accesorios de un crédito. Esto significa que su servicio está sometido, estrictamente, a la satisfacción de un derecho personal¹. Este carácter accesorio tiene otra importante consecuencia: se constituyen para satisfacer una necesidad de seguridad. Su vocación natural no es su realización². Se establecen como un recurso "extremo" que persigue paliar la insatisfacción del acreedor. En este orden de ideas, su papel, si bien es muy importante respecto de la dinámica del crédito, siempre está sometido a las condiciones personales y patrimoniales del deudor. En otras palabras, no existe ninguna buena garantía o caución que justifique por sí misma la realización de una operación crediticia³.

No obstante, un estudio realizado por el Banco Mundial en el año 2006 reveló que, en la práctica, la eficacia de estas garantías para la seguridad del crédito se ha disminuido en razón de las vicisitudes del proceso ejecutivo que debe adelantarse para obtener la liquidación de la prenda o de la hipoteca⁴. En efecto, dicho estudio demostró que en el ámbito internacional había un "bajísimo prestigio de las garantías en Colombia" (Rouillon, 2006, p.1). Este "desprestigio" fue atribuido a cuatro causas que pueden ser resumidas así: primero, la prelación de créditos que realmente no favorece en jerarquía a los créditos con privilegio, toda vez que abierto el concurso de acreedores, los créditos a favor de los niños, los laborales, las costas del proceso de otros acreedores, los alimentarios o los impositivos serán tratados con prioridad frente

⁴ "Un estudio acerca de los procesos ejecutivos, publicado por una organización colombiana ("Informe de Coyuntura de la Justicia: Análisis de los juicios ejecutivos en Colombia", publicado por la "Corporación por la Excelencia de la Justicia", diciembre 13, 2000, es decir, antes de las reformas de la ley 794 de 2003) reveló que los procesos ejecutivos, históricamente, han constituido el 65% de todos los litigios civiles. Esta cifra alcanzó casi el 80%, en la década de 1990. Estas observaciones pueden ser corroboradas, mediante información disponible, suministrada por los profesionales letrados y los jueces de los juzgados civiles. Fuentes similares han señalado que, de estos totales, el 36% se relaciona con ejecuciones de créditos hipotecarios y el 56% con acreedores sin garantías reales. El Informe Excelencia confirma, asimismo, que las agencias de cobro utilizan los litigios civiles como su instrumento principal de cobro, y que la cantidad de procesos ejecutivos promovidos aumentó, en forma sostenida, durante los ocho años comprendidos entre 1992 y 2000 (los años en que se llevó a cabo el estudio). Los procesos ejecutivos representaron, en el momento del estudio, aproximadamente 800.000 casos anuales; después de la crisis de 1998, se incrementó otro 21%. De acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, al cierre de 2004 los procesos ante la justicia civil ascendían a 1.400.000 antes de sentencia, de los cuales 1.300.000 corresponden a procesos ejecutivos (de todo tipo) antes de sentencia" (Rouillon, 2006, p. 28).

¹ Ver: Cabrilac, M. (2000, p. 115); De Jesús, A (2007, pp. 937-954).

² En la literatura se evidencia esta aseveración: piénsese en la prenda ofrecida por Antonio a Shylock, en El mercader de Venecia, de Shakespeare.

³ Un caso lamentable y actual de estas prácticas riesgosas, que insistimos no pueden asegurarse con ninguna garantía, lo encontramos en Estados Unidos en las denominadas hipotecas subprime: aquellas que fueron otorgadas a personas con dudoso historial crediticio e ingresos irregulares.

a aquéllos (Art. 2495 C. C.); segundo, la extrema limitación de los mecanismos de ejecución extrajudicial, ya que la garantía, al estar prohibido, por ejemplo, el pacto comisorio sobre la prenda en la legislación colombiana, sólo puede hacerse efectiva a través de una acción ejecutiva; tercero, el desconocimiento de lo que puede ser opuesto a manera de defensas o excepciones contra las pretensiones del acreedor en un proceso ejecutivo, por lo que se ha creado un gran desorden en el trámite de estos procesos. Además, dicho desorden ha contribuido a dilaciones injustificadas en perjuicio del acreedor⁵; y cuarto, el criterio excesivamente sesgado de protección a los deudores en dificultades financieras o en estado de insolvencia contra los intereses de los acreedores (Rouillon, 2006, p. 1-28).

A estas dificultades de orden procesal, tendrían que sumarse otras de tipo sustancial, tales como: los excesivos formalismos para la implementación de créditos, la rigidez del aparato crediticio, su carácter oneroso⁶, entre otros aspectos.

Ahora bien, el presente estudio no pretende dar respuesta a esta vasta problemática, pero sí trata de identificar los mecanismos existentes en el derecho colombiano que podrían ser utilizados con el fin de mejorar el campo de acción de las garantías tradicionales y de extender otros mecanismos contractuales al campo de las garantías, lo cual llevaría a evitar la necesidad de procesos judiciales para su efectividad. Las propuestas de este artículo han sido ya ventiladas en el derecho comparado. De esta forma, se estudiarán primero los modelos tradicionales

Como se sabe, en materia de derechos personales o créditos, el acreedor depende ampliamente de su deudor para recibir el beneficio patrimonial de su derecho. Este grado de dependencia del acreedor respecto del deudor impone cierto germen de riesgo. Precisamente, para protegerse de este riesgo, el acreedor puede servirse de cauciones: derechos patrimoniales, reales y personales, que brindan seguridad al titular de un derecho personal.

y derivados de la garantía inmobiliaria, la hipoteca (I), y, luego, los de la caución mobiliaria, la prenda (II).

I. La hipoteca

Dentro de las *cauciones*, posición destacada tiene el derecho real de hipoteca: derecho de prenda constituido sobre inmuebles (Art. 2432 C. C.), modelo de garantía que, por lo demás, parece enfrentarse a una delicada coyuntura⁷, tal vez explicada por su poca flexibilidad y su onerosidad. Sin duda, se trata de una situación lamentable, toda vez que el mercado hipotecario es uno de los renglones del sistema financiero que más estrechamente está asociado con la estabilidad macroeconómica.

De acuerdo con la normativa colombiana, la hipoteca es un derecho real constituido sobre un inmueble del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar el cumplimiento de un crédito presente⁸. El acreedor

⁵ Encuestas realizadas para este estudio mostraron que un proceso ejecutivo en Colombia tarda entre 4 y 7 años para obtener una decisión judicial definitiva.

⁶ Este carácter oneroso afecta a todos los estamentos sociales, principalmente, a los más pobres. La misión para el empalme de las series de empleo y pobreza reveló que en Colombia los índices de pobreza para abril de 2010 eran del 45.5%, y de indigencia el 16.4%, lo cual señala que 19 millones 899 mil 144 personas son pobres, y 7 millones 159 mil 172 personas son indigentes. (Recuperado el 2 de mayo de 2010, de la base de datos: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=999113>, consultado el 2 de mayo de 2010.)

⁷ Estima la Superintendencia Financiera que, en cuanto a colocación de recursos, los desembolsos hipotecarios bajaron de 592.677 millones de pesos a 516.725 millones de pesos, entre los meses de abril de 2008 y abril de 2009. Se trata de una disminución del 12.8%. Véase: Superintendencia Financiera. Comunicado de prensa del 2 de junio de 2009.

⁸ El novel Art. 2421 del Code Civil francés permite la constitución del derecho real de hipoteca como garantía real, incluso, respecto de créditos futuros, siempre que se precise su monto, acreedor y deudor. Igualmente, el Art. 2422 del Code Civil

hipotecario tiene el siguiente derecho: pedir que la cosa hipotecada del deudor moroso se enajene en pública subasta, para que con el producto se le pague, con preferencia respecto de los otros acreedores (especialmente los denominados quirografarios)⁹. Al lado de este modelo tradicional de garantía, nuestra hipoteca convencional, se ha creado un grupo de institutos que podrían reconocerse como *hipotecas derivadas*: hipoteca universal recargable (A) e hipoteca vitalicia (B).

A. La hipoteca universal recargable

En las siguientes líneas se abordan los siguientes aspectos: aproximación a la *hipoteca universal recargable* (1), su adopción en Colombia (2) y sus beneficios más relevantes (3).

1. Aproximación a la institución. En Colombia, la designada *hipoteca cerrada* -la más generalizada en nuestro medio-, es un derecho real de garantía que recae sobre inmuebles y se extingue con la muerte de la única obligación garantizada. Por su parte, con la denominada *hipoteca abierta*, se ofrece garantizar obligaciones presentes y futuras del deudor respecto del mismo acreedor. Es decir, el techo de tal garantía no podrá ser superior del duplo del importe conocido o presunto (Art. 2455 C. C.). En este segundo caso, se establece una cláusula general de garantía que respalda diversos vínculos obligatorios de un deudor respecto de un acreedor.

Desde luego, esta variedad hipotecaria ofrece importantes ventajas respecto del primer modelo, la *hipoteca cerrada*, en especial porque respalda varios créditos sin que esto implique la constitución de nuevos y costosos gravámenes. Sin embargo, este tipo de hipoteca tiene un grave

inconveniente: somete al deudor a las políticas crediticias de su acreedor. Precisamente, como respuesta a estas limitaciones, en países como Francia, se ha adoptado una nueva variedad hipotecaria denominada *hipoteca recargable*¹⁰.

La hipoteca recargable del derecho francés debe ser inscrita ante el "*conservador*" de hipotecas. En esta inscripción se debe mencionar expresamente que se trata de una "hipoteca recargable" (Art. 2422 *Code Civil* fr.). Como nota más destacada, la hipoteca recargable francesa permite al dueño de un inmueble, de acuerdo con su valor patrimonial, adquirir nuevos créditos garantizados, incluso con acreedores diferentes del acreedor original. Valga aclarar que cada "convención de recarga" simplemente exige una anotación, con un costo irrisorio, al margen del registro de constitución de la "hipoteca recargable" (Art. 2422 inc. 4 *Code Civil* fr.). Finalmente, si los créditos originarios se extinguen, la "hipoteca recargable" no perece (Art. 2488 *Code Civil* fr.)¹¹. Por esta razón la hipoteca puede garantizar nuevos créditos a favor de cualquier acreedor. En la normativa francesa se establece que la figura termina por el vencimiento de un término de 50 años o por la renuncia o cancelación expresa del propietario del inmueble -por supuesto, con efectos no retroactivos- (Art. 2434 *Code Civil* fr.).

Ahora bien, las particularidades macroeconómicas y jurídicas francesas no son compartidas por el escenario colombiano y latinoamericano. Especialmente, téngase en cuenta que en Francia no se reconoce un régimen registral de los derechos inmobiliarios como en Colombia. Además, entre los dos países se identifican las consabidas diferencias entre *título* y *modo*, ya que en Francia el contrato es suficiente para constituir la garantía. En suma, todas estas particularidades exigen la reformulación del instituto para aplicarlo en el ámbito doméstico.

francés consagra la denominada "hipoteca recargable", con la cual, por economía de medios, es posible la "reutilización" de una hipoteca para garantizar nuevos créditos. (Aynès, L. & Crocq, 2006, p. 284)

⁹ Titulares de un derecho de crédito que no cuentan con una garantía especial y, por consiguiente, sólo se encuentran respaldados por el conjunto de derechos que integran el patrimonio del deudor, (Art. 2488 C.C.).

¹⁰ Ordenanzas del 23 de marzo de 2006, que introdujeron un nuevo Libro IV en el *Code Civil* francés.

¹¹ En Colombia la hipoteca se extingue junto con la obligación principal (Art. 2457 C. C.).

2. Adopción de la institución. En Colombia, con el concurso del legislador, se podría utilizar la hipoteca universal recargable respecto de todos los inmuebles del país, bajo ciertas condiciones. En primer lugar, dadas sus características especiales, los acreedores deben limitarse a entidades crediticias.

En segundo lugar, para cumplir el modo (tradición formal o registro), de acuerdo con la legislación colombiana, la constitución de este derecho real inmobiliario exige la inscripción del título (la escritura pública -contrato de hipoteca-) en el asiento registral de la matrícula inmobiliaria -tradición de la hipoteca-. En este orden de ideas, para que la ampliación de la cobertura de la hipoteca surta efectos respecto de terceros y evitar que quede con un rango de inferior al rango original, debe registrarse como una *Escritura pública universal de hipoteca*.

En tercer lugar, todo el régimen de la hipoteca universal recargable tiene un eje bien concreto: la *escritura pública universal de hipoteca*. En este instrumento deberá recogerse el avalúo del inmueble, el monto del crédito original respaldado con la *hipoteca universal recargable*, el nombre del primer acreedor, los intereses, término del crédito y demás aspectos relacionados con el crédito inicial. Asimismo, el saldo de este crédito de constitución deberá actualizarse, por el acreedor hipotecario, semestralmente. El avalúo mismo del inmueble, por determinación

El presente estudio no pretende dar respuesta a esta vasta problemática, pero sí trata de identificar los mecanismos existentes en el derecho colombiano que podrían ser utilizados con el fin de mejorar el campo de acción de las garantías tradicionales y de extender otros mecanismos contractuales al campo de las garantías, lo cual llevaría a evitar la necesidad de proceso judiciales para su efectividad.

de la autoridad competente, también podrá ser objeto de modificación.

En cuarto lugar, los nuevos créditos que se respalden con la *hipoteca universal recargable* deberán recogerse en la *escritura pública universal de hipoteca*, en los mismos términos del crédito primigenio. Estos créditos podrán establecerse con el primer acreedor o con nuevos acreedores, siempre que sean reconocidos como entidades crediticias. Todos los asientos notariales deberían ser gratuitos.

Quinto, de la *escritura pública universal de hipoteca* y de sus respectivas actualizaciones deberán tener copia el deudor y los diferentes acreedores. También podrían adoptarse archivos oficiales de las copias de las *escrituras públicas universales de hipoteca*.

Finalmente, a partir de los estudios técnicos del caso, podría proponerse como techo de todos los créditos de la hipoteca, un porcentaje máximo del valor del avalúo del inmueble.

3. Beneficios. Tres bondades concretas se desprenden de este instituto: masificación del crédito, eliminación de la posición dominante de la entidad crediticia y, finalmente, una eventual valorización patrimonial del inmueble.

Primero, se masifica el crédito, básicamente porque los costos económicos de constitución de cada garantía se reducen a su mínima expresión -se eliminan las formalidades onerosas- y porque se estimula la libre competencia entre las entidades bancarias. En efecto, verdaderamente, todos los propietarios se ofrecen como potenciales clientes de todas las entidades bancarias.

Segundo, se rompe con la "incómoda" posición dominante del banco que en nuestro sistema otorga el primer crédito hipotecario. En efecto, en Colombia los deudores, para evitar afrontar los gravosos costos de constitución de nuevas

hipotecas con otras entidades bancarias, se someten a las políticas de créditos de su respectivo banco. Situación que parece no estimular el otorgamiento de nuevos créditos, con grave perjuicio para el cliente, la banca en general e, incluso, respecto del banco primigenio mismo. Se trataría de una verdadera "liberación" del deudor hipotecario respecto de su acreedor primigenio.

Tercero, la constitución de una *hipoteca universal recargable* sobre un inmueble, una vez descontando el pasivo crediticio, robustece su valor patrimonial. En efecto, como si se tratase de una servidumbre activa o, incluso, de un inmueble accesorio (una edificación, un lago o unos sistemas de riego sofisticados), la constitución de una hipoteca recargable sobre un inmueble se ofrece como una virtud adicional del mismo respecto de los sub-adquirentes de su derecho de dominio. Desde luego, una vez se encuentren extinguidos los créditos, para el nuevo propietario puede resultar interesante, además de ejercer los poderes característicos del dominio sobre el inmueble (verbigracia uso, goce y disposición), aprovechar los beneficios de las funciones de garantía de su derecho de propiedad, materializadas plenamente con esta *hipoteca universal recargable*.

B. Hipoteca vitalicia

En las siguientes líneas se abordan los siguientes aspectos: aproximación a la *hipoteca vitalicia* (1), su adopción en Colombia (2) y sus beneficios más relevantes (3).

1. Aproximación a la institución. De acuerdo con el contrato colombiano aleatorio de *renta vitalicia*, una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una *renta* o *pensión* periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero (Art. 2287 C. C.). Es decir, por medio de este contrato aleatorio un sujeto se obliga a pagar a otro una renta como contrapartida de una prestación que recibió; la

De acuerdo con la normativa colombiana, la hipoteca es un derecho real constituido sobre un inmueble del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar el cumplimiento de un crédito presente.

contingencia de ganancia o pérdida consiste en la incertidumbre respecto del tiempo en que pagará dicha renta -durante la vida de una persona-.¹² En estos términos, con este convenio se puede asegurar la percepción periódica de una renta para una persona determinada (por ejemplo, una persona de la tercera edad). Con algunos *parecidos de familia*, en el derecho comparado se ha establecido un crédito hipotecario muy especial.

En efecto, el instituto anglosajón conocido como *inverse mortgage* ha sido adaptado a las normativas del derecho continental (verbigracia Francia¹³ y España¹⁴), de la siguiente manera: se otorga un préstamo a una persona, generalmente de la tercera edad, respaldado con un derecho real de hipoteca. El crédito se paga por erogaciones periódicas, hasta que se cubra un importe máximo relacionado con el avalúo del inmueble. La particularidad de este instituto radica en que el crédito se somete a un plazo indeterminado, la muerte del deudor. En estos términos, dicho pago corresponderá a los causahabientes del deudor o, en su defecto, mediante la realización de la garantía hipotecaria sobre el inmueble. A continuación se explica la manera como esta institución podría ser adoptada en Colombia.

2. Adopción de la institución. Nuestra hipoteca vitalicia podría presentarse de la siguiente forma: se trata de un derecho real de hipoteca, con asiento registral, que respalda un crédito

¹² Véase: Arlie, Didier (1997, pp. 855-892). La résolution de la rente viagère. RTD, civ., Paris, 1997, pp. 855 a 892.

¹³ Ordenanzas del 23 de marzo de 2006, que introdujeron un nuevo Libro IV en el Code Civil francés.

¹⁴ Ley 41/2007 española.

ofrecido a una persona de la tercera edad. Tanto el contrato de mutuo de dinero como el derecho real de hipoteca propiamente dicho involucran, necesariamente, a una *persona natural de la tercera edad*¹⁵ y a una *entidad crediticia*. El pago de dicho crédito, capital e intereses, tendrá lugar a la muerte de la persona natural en comento. Por supuesto, por efectos de la sucesión mortis causa, este pago será asumido por los causahabientes del deudor. En caso de incumplimiento de la obligación, se deberá realizar la garantía hipotecaria.

Ahora bien, con el objeto de evitar los eternos procesos judiciales de realización de la garantía¹⁶, se propone lo siguiente: que en el contrato de constitución de toda la operación se establezca la obligación de transferencia de la propiedad al patrimonio de un *tercero*. Desde luego, este contrato deberá otorgarse por escritura pública. Valga la pena destacar que esta obligación se somete a un plazo indeterminado: la muerte del deudor. El *tercero* en comento deberá reconocerse como una entidad fiduciaria. En este orden de ideas, una vez recibida la propiedad en su patrimonio, deberá enajenar en pública subasta la propiedad del inmueble, pagar al acreedor hipotecario su crédito y entregar el saldo de la enajenación a los causahabientes del deudor.

Por lo demás, ha de aclararse que si, durante el desarrollo de la operación el deudor decidiera enajenar o desmembrar su derecho de propiedad, ésta o aquélla deberá contar con la autorización del *acreedor hipotecario*, previo pago de todo el crédito. Estas autorizaciones de un

tercero para volver cesible un derecho no son desconocidas por nuestro sistema jurídico; se encuentran, por ejemplo, en el caso de ciertas enajenaciones de bienes afectados al patrimonio de familia, en las cuales el titular del derecho sobre el bien requiere la *autorización* del cónyuge o de los hijos, según sea el caso, para poder disponer de aquél (ley 70 de 1931 art. 23). Igualmente, en materia de sociedades, la transferencia de partes de interés de una sociedad colectiva requiere la autorización mediante el voto unánime de todos los socios (Art. 316 C. Co.).¹⁷

Finalmente, como se establece en el derecho español, el riesgo para la entidad crediticia por la posible longevidad del mutuuario podría ser protegido por un seguro (ley 41/2007 española).

En definitiva, se trata de recoger las bondades del instituto *inverse mortgage* (Green, R. & Wachter, S., 2005) con la exitosa fiducia en garantía, actualmente tan reputada en todos nuestros regímenes latinoamericanos (Arts. 1226-1234 C. Co. col; ley argentina 24441, ley peruana 26.702 y ley brasileña 9514).¹⁸

3. Beneficios. Con la comentada *hipoteca vitalicia* se podrían paliar las importantes necesidades de renta de miles y miles de personas de la tercera edad, con respaldo en sus respectivas propiedades inmobiliarias.

Nótese que, por un lado, se ofrece una sólida garantía a la entidad crediticia. Incluso, aprovechando las bondades de la conocida *fiducia en garantía*, el acreedor podría realizar su garantía al margen de los dispendiosos procesos judiciales. Por otro lado, al deudor se le permite continuar disfrutando de los servicios de su inmueble.

Una vez presentados estos comentarios sobre la hipoteca, se expondrán los de la prenda.

¹⁵ De acuerdo con datos calculados por el Departamento Nacional de Planeación, con base en la Encuesta de Calidad de Vida del año 2003, 4.115.491 personas son de 60 y más años, que equivalen al 9.41% del total de la población. En los términos del censo de 2005-2006 en el país hay 3.232.594 personas mayores de 65 años, que en su mayor parte están ubicados en Bogotá, Antioquia y el Valle.

¹⁶ Las cifras que congestión judicial que presenta el Consejo Superior de la Judicatura son, ciertamente, alarmantes. Al respecto puede verse: Consejo Superior de la Judicatura. Descongestión de la jurisdicción civil. Tomo II. Con el auspicio de la GTZ. Bogotá, marzo de 2005.

¹⁷ Véase a: Mantilla, F. & Terner, F. (2005)

¹⁸ Sobre la fiducia se puede consultar, con mucha ventaja, a: Rengifo, E. (1998, pp. 73 y ss.)

II. Prenda

De acuerdo con la normativa colombiana, la prenda es un derecho real (Pérez, A., 1959, p. 313) constituido sobre un bien mueble del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar el cumplimiento de un crédito presente. El acreedor prendario tiene el derecho de pedir que la cosa pignorada del deudor moroso se enajene en pública subasta, para que con el producto se le pague, con preferencia respecto de los otros acreedores¹⁹.

Ahora bien, para resolver los problemas que en la práctica ha suscitado el cobro judicial de la prenda, han surgido en el derecho internacional privado otros institutos hacia los cuales ha evolucionado el mundo de las garantías mobiliarias (A); sin embargo, como no es posible adoptarlos en Colombia, se propone utilizar otros mecanismos contractuales ortodoxos de nuestro régimen interno con el objeto de obtener los mismos resultados (B).

A. La prenda y pacto comisorio

El pacto comisorio sobre la prenda, esto es, la facultad que se le otorga al acreedor de hacerse a la propiedad de la cosa pignorada en caso de incumplimiento del deudor está expresamente prohibida por la legislación colombiana (Inciso segundo del Art. 2422 del C. C.²⁰). Ésta prohibición se originó realmente en el siglo XVI, trascendió al Código Civil francés de 1804 y luego a los códigos chileno y colombiano. Las razones de prohibirles a las partes del contrato de prenda la inclusión de una cláusula que le permitiera al acreedor prendario hacerse a la propiedad de la cosa gravada con la prenda en caso de incumplimiento de la obligación por

Por lo demás, ha de aclararse que si, durante el desarrollo de la operación el deudor decidiera enajenar o desmembrar su derecho de propiedad, ésta o aquélla deberá contar con la autorización del acreedor hipotecario, previo pago de todo el crédito.

parte del deudor, era proteger a éste de ser víctima de la usura de aquél²¹ y de evitar que entre ellas ejecutaran actos de "*justicia privada que permitiera a las partes alejarse de las intervención de la autoridad pública*"²².

Sin embargo, la fuerte cultura de incumplimiento que se ha constatado en Colombia durante los últimos años, originada posiblemente por los problemas de violencia y de pobreza generalizada²³, ha hecho que el impago de las deudas sea cada día más frecuente. En consecuencia, la hipótesis excepcional prevista por las reglas del Código Civil y de Procedimiento Civil para hacer efectiva la prenda, se hizo una de la más utilizadas ante la jurisdicción, con el inconveniente de que en estos procesos la prelación de créditos no favorece en jerarquía a los créditos con privilegio, toda vez que, abierto el concurso de acreedores, los créditos a favor de los niños, los laborales, las costas del proceso de otros

¹⁹ Desde luego, como acontece respecto de otras instituciones, el acreedor prendario responde por su propia culpa y por aquella de sus empleados, familiares y dependientes (Arts. 2341, 2347, 2348 y 2349 C.C.). Al respecto, puede consultarse a: MARÍN, G. (2007, p. 200)

²⁰ "...Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios de los aquí señalados"

²¹ No obstante, bien se ha señalado que "Sin haber atraído tanta atención y dudas sobre su constitucionalidad, estas medidas extrajudiciales han sido otorgadas a varios acreedores tanto por el derecho romano previo a Constantino y su prohibición del pacto comisorio emulada por los códigos civiles y de comercio del siglo 19 de procedencia francesa e hispanica..." (Boris, K. & John, W., 2003)

²² De esta manera se mantiene el fin de la garantía en tanto que obligación accesoria de otra que sí es principal: en caso de incumplimiento, el acreedor debe acudir a la vía jurisdiccional a través de un proceso ejecutivo prendario y solicitar allí la liquidación del bien gravado en prenda, y son los frutos de ésta los que solventaran la deuda. (Picod, Y., 2008)

²³ La misión para el empalme de las series de empleo, pobreza reveló que en Colombia los índices de pobreza para abril de 2010 eran del 45.5%, y de indigencia el 16.4%, lo cual señala que 19 millones 899 mil 144 personas son pobres, y 7 millones 159 mil 172 personas son indigentes. (Recuperado el 2 de mayo de 2010, de la base de datos: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=999113>)

acreedores, los alimentarios o los impositivos serán tratados con prioridad frente a aquéllos²⁴.

Como una de las estrategias para la promoción del crédito en Colombia, el Banco Mundial recomendó la creación de un proyecto de ley que modificara el sistema de garantías vigente, en particular el de la prenda, con el fin de permitir a las partes acordar en el contrato la ejecución extrajudicial de la garantía así como facultar al acreedor, sin necesidad de pactarlo así en el contrato, para embargar y subastar las garantías al margen de los tribunales y sin restricción alguna²⁵. A continuación se expondrá la aproximación a la institución por las legislaciones francesa (1) y por el Proyecto de Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA (2).

1. La inclusión del pacto comisorio sobre la prenda en la legislación francesa. En Francia se impuso la necesidad de hacer una reforma general sobre el derecho de garantías²⁶. En la actualidad, el nuevo artículo 2348 del *Code Civil* consagra expresamente la validez del pacto comisorio sobre la prenda. Para ello, una cláusula en este sentido puede ser incluida en el contrato de prenda tanto en el momento de su constitución, como posteriormente. La ventaja que ofrece el pacto comisorio es muy concreta: no requiere la intervención judicial para hacer efectiva la garantía. Ahora bien, el uso abusivo de este instrumento es regulado de la siguiente manera: "el valor del bien será determinado a la fecha en que la transferencia

tenga lugar, por un experto designado de una manera amigable, o coactiva ante la jurisdicción, a falta de cotización oficial del bien sobre un mercado organizado de acuerdo con el Código Monetario y Financiero..."²⁷. De allí que si el valor del bien excede el valor de la deuda que se ha garantizado con la prenda, la suma correspondiente a la diferencia puede ser o bien pagada al deudor o bien consignada si existieran otros acreedores prendarios.

2. La recomendación del pacto comisorio por la Ley Modelo de la OEA. Durante el mes de febrero del año 2002, la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias fue adoptada por la Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado. Esta ley tiene por objeto la armonización de las legislaciones del continente americano en esta materia; su ámbito de aplicación corresponde a la "constitución, perfeccionamiento, prelación y ejecución de todo derecho real de garantía sobre bienes muebles (corporales e incorporeales)". (Garro, M., 2007, p. 123). Esta ley sigue muy de cerca las condiciones y los efectos de la prenda del sistema romano-germánico, con algunas pocas salvedades, como la introducción de mecanismos de publicidad de la prenda y el pacto comisorio. En consecuencia, en caso de incumplimiento de la obligación, el deudor puede transferir la propiedad del bien gravado a favor del acreedor, en pago de dicha obligación. Ahora bien, para impedir cualquier tipo de abuso por parte del acreedor en el ejercicio de este derecho, la ley "*combina la necesidad de celeridad procesal con la observancia de estándares básicos de protección constitucional*" (Kozolchik & Wilson, 2010, p. 65).

²⁴ Artículo 2495 del Código Civil.

²⁵ Otras de las recomendaciones fueron: (i) permitir una descripción genérica de los activos en los contratos de garantía y de estos mismos, en lugar de una descripción detallada como es la exigida actualmente; (ii) la creación de un registro unificado a nivel nacional que incluya las cargas que graven los bienes muebles; (iii) mantener la prioridad de los créditos garantizados, salvo la apertura de un proceso de insolvencia; (iv) dar la posibilidad a los acreedores garantizados de embargar su garantía cuando el deudor entre en un proceso de reorganización; (v) hacer que durante este proceso el patrimonio sea gerenciado por un administrador.

²⁶ En Julio de 2003, le *garde des Sceaux* le propuso a un grupo de trabajo presidido por el profesor Michel Grimaldi la presentación de un proyecto de ley que contuviera esta reforma. Adoptada la reforma por el parlamento francés, ésta fue integrada al Código Civil.

²⁷ « Article 2348 du Code civil français : Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

De esta manera, en primer lugar, el requerimiento formal de pago puede ser iniciado por el acreedor ante un notario o ante un juez, pero la ejecución puede ser objetada por el deudor dentro de los tres días siguientes al recibo de la notificación, por un único argumento, cual es, el de haber pagado la obligación. En segundo lugar, el acreedor tiene varias opciones para disponer de los bienes dados en garantía; así le es dable a las partes ponerse de acuerdo sobre la manera en que será liquidado el bien; también los bienes pueden ser vendidos a precios del mercado, si el bien es susceptible de ello; por lo demás, si se tratare por el contrario de cuentas por cobrar o pagarés, el acreedor puede cobrarlos directamente sin necesidad de autorización judicial. Asimismo, si se tratare de acciones u otros títulos valores, la subrogación en los derechos del deudor también está permitida. De igual forma, se le permite al acreedor disponer de los bienes en venta privada o subasta pública (en este último caso sin necesidad de una oferta mínima)²⁸.

Ahora bien, ante la prohibición expresa del pacto comisorio en Colombia y con independencia de una reforma legislativa en el sentido de derogarla, el análisis de ciertas herramientas contractuales ortodoxas puede ayudar a acreedores y deudores a obtener resultados similares en sus relaciones.

B. La utilización de herramientas contractuales ortodoxas en reemplazo del pacto comisorio sobre la prenda

En las antiguas instituciones del derecho contractual se pueden encontrar herramientas que ofrecen una eficaz protección a los acreedores²⁹.

²⁸ Ahora, la oferta debe ser anunciada con cinco días de antelación a través de los medios de publicidad de mayor circulación. Artículos 56 a 59 de la Ley Modelo de la OEA

²⁹ Con mucho acierto la doctrina reconoce que el contrato es la institucionalización jurídica de los fenómenos económicos de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios. Puede consultarse a: Gómez, C. (2005, p. 131). De igual forma, el contrato también puede apalancar funciones de garantía.

En efecto, a más de los instrumentos mencionados (como la transferencia de la propiedad a título de garantía³⁰), las partes pueden premunirse contra una pérdida pecuniaria³¹, multiplicando el objeto de la obligación principal (1) o multiplicando los sujetos de la obligación (2) o, incluso, acudiendo a la propiedad fiduciaria, a través de una condición resolutoria del dominio a favor del acreedor (3).

1. Multiplicación del objeto de la obligación principal. Según las reglas establecidas en el título VI y VII del Código Civil, el objeto de la obligación puede ser multiplicado en aras de garantizarle al acreedor su cumplimiento. La multiplicación del objeto podría tener los mismos efectos del pacto comisorio sobre la prenda si con el contrato se crearan las muy conocidas obligaciones alternativas (Arts. 1.556 y ss C.C.). Son alternativas las obligaciones cuyo objeto está constituido por varias prestaciones, pero éste se debe, de tal manera que el cumplimiento de una de ellas exonera el cumplimiento de las demás. Se deben varias prestaciones, pero éstas, en lugar de acumularse, se excluyen recíprocamente, dado que el cumplimiento de la obligación implica la elección entre una u otra prestación³². Estas obligaciones permiten llegar a tener los mismos efectos del pacto comisorio sobre la prenda, cuando se pone dentro del objeto la alternancia entre el pago originalmente deseado con la obligación de transferir la propiedad de la cosa que, en otras condiciones, constituiría el objeto de la prenda. En consecuencia, si el deudor no pudiese cumplir con el primero de los objetos prometidos, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, podrá

³⁰ Consultar; Ternera, F., (2009, pp. 361 y ss); Nieto, G. (2009, pp. 407 y ss.)

³¹ Definición de garantía elaborada por Gerard Cornu para el diccionario jurídico de la Asociación Henri Capitant, traducida al español por el Profesor Mauricio Tapia (2009, p. 22)

³² En principio, esta elección corresponde al deudor (art. 1.557), pero puede también convenirse expresamente lo contrario. Sin embargo, para conseguir de manera más rápida el cumplimiento del deudor, la elección debe dejarse a su cargo, ya que de lo contrario, una vez hecha la escogencia por parte del acreedor, queda singularizada la obligación y, por consiguiente, el pago hay que hacerlo tal y como fue escogido.

Ahora bien, ante la prohibición expresa del pacto comisorio en Colombia y con independencia de una reforma legislativa en el sentido de derogarla, el análisis de ciertas herramientas contractuales ortodoxas puede ayudar a acreedores y deudores a obtener resultados similares en sus relaciones.

éste pagar al acreedor a través del objeto debido en alternancia.

2. Obligaciones de sujeto múltiple. Se trata aquí de utilizar la solidaridad como una especie de garantía. Sin embargo, para que la solidaridad realmente cumpla su función como una especie de garantía, es necesario que los codeudores compartan realmente una misma causa y un mismo objeto en la prestación debida³³. Es justamente esta pluralidad de vínculos lo que explica que el acreedor pueda perseguir simultánea o sucesivamente a dos o varios codeudores a su arbitrio, con el fin de asegurar el cumplimiento integral de la obligación. Por el contrario, restarle importancia a la carencia de un tal interés en uno o algunos de los codeudores le llevaría a obtener un resultado diferente al perseguido, el cual puede variar entre la recalificación de la obligación solidaria en una fianza, la violación del deber de buena fe contractual o la comisión de un abuso en el ejercicio de sus derechos.

3. La condición resolutoria del dominio o fideicomiso. A partir de la fórmula del Art. 794 C. C.³⁴, podría incluirse en el contrato una

cláusula de condición resolutoria del dominio de la cosa, en lugar de un gravamen de prenda sobre ella, la cual se haría exigible desde el momento del acaecimiento del suceso incierto, tal como lo han hecho los practicantes alemanes a través de la *fiducia cum creditore*. En este orden de ideas, el hecho futuro e incierto sería, en efecto, el incumplimiento del deudor.

Conclusiones

Con estas breves líneas se ha querido presentar algunas estructuras patrimoniales que podrían fomentar la recuperación del crédito en nuestro país. Con este propósito se han abordado instituciones como la *hipoteca recargable*, la *hipoteca vitalicia* o, incluso, el muy conocido y estigmatizado *pacto comisorio*. Sobre este particular, podría pensarse que su adopción no infligiría trauma alguno a nuestro ordenamiento y que, por el contrario, podrían ser instrumentos económicos, eficaces y simples al servicio de deudores y acreedores³⁵. En la parte final del trabajo se han querido rescatar ciertas herramientas de la normativa criolla (tales como la condición resolutoria del dominio del exótico y relegado fideicomiso civil). Para terminar, téngase en cuenta lo siguiente: "*la mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión. El incentivo a tales inversiones puede lograrse no sólo a través de asistencias o fomento directo, sino que también virtud de mejoras efectivas en la infraestructura y tecnología contractual que organiza la industria del crédito*" (mensaje presidencial de la Ley 20190 de Chile).

³³ Esto es, los codeudores deben estar unidos por un todo y para el todo, de lo contrario, el codeudor no interesado en la deuda, debe ser considerado como fiador con el fin de evitar que el acreedor obtenga una ventaja desproporcionada en relación con él, lo cual rompe el equilibrio del contrato, y promover de esta manera, relaciones colectivas de seguridad y confianza. Véase a: Martínez, B. & Tapias, H. (2009, p. 218 y ss.)

³⁴ "ART. 794. Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución."

³⁵ En relación con las bondades del controversial pacto comisorio puede consultarse el siguiente fallo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de julio de 2005, exp. 20302-02. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Referencias bibliográficas

- Aynès, L. & Crocq, P. (2006). *Les sûretés*. Edit. Defrénois, (2 ed.). París: Palestra editores.
- Boris, K. & John, W. (2003). *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos*, Copyright, NLCIFT 2003, *Derechos de Autor Reservados*, NLCIFT 2003. Recuperado el 2 de mayo de 2010, de la base de datos: <http://www.natlaw.com/hndocs/ulrarttranspan.pdf>,
- Cabrillac, M. (2000). "Les accessoires des créances". En: *Études dédiées à Alex Weill*. París: Dalloz-Litec.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2005). *Descongestión de la jurisdicción civil*. Tomo II. Con el Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- De Jesús, A. (2007). "La cesión de créditos y la regla del accesorio en el derecho venezolano". En: U. Rosario (Ed.). *Los contratos de derecho privado*. Bogotá: Legis.
- Garro, A. (2007). El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: la Ley Modelo de la OEA, En: *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos, libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963 2003* (1ª Ed.). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C. (2006). Riesgo contractual y extinción del contrato. *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 5, No. 10, p. 131.
- Green, R. & Washter, S. (2005). The american mortgage in historical and international context. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 19, No. 4, pp. 93-114.
- Malaurie, P., Aynès, L. & Stoffe, P. (2005). *Les obligations* (2^{ème} éd.). París: Defrénois
- Mantilla, F. y Ternera, F. (2005). *La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio*. Tomo I. Santiago: Universidad de Chile / LexisNexis.
- Marín, G. (2007). Las obligaciones de las pares en el mantenimiento de inmuebles arrendados ¿un escenario de justicia contractual? *Revista de Derecho*, No. 28, p. 200.
- Martínez, B. & TAPIAS, H. (2009). La solidaridad como especie de garantías. En: *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*. Colección Textos de Jurisprudencia. Santiago de Chile: Universidad de Chile: y Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Nieto, G. (2009). La transferencia de la propiedad con funciones de garantía: el caso de la cesión de créditos. En: *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*. Colección Textos de Jurisprudencia. Santiago de Chile: Universidad de Chile: y Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Pérez, Á. (1959). *Teoría General de las Obligaciones, Volumen IV: De las garantías civiles (Hipoteca, prenda y fianza)*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pérez, Á. (1984). *Garantías civiles, hipoteca, prenda y fianza*. Bogotá: Temis.
- Picod, Y. (2008). *Droit des sûretés*. Puf, Paris : *Thémis droit*.
- Reino de España. (2007). *Ley 41/2007*. España.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2005). Sala de Casación Civil. *Sentencia del 29 de julio de 2005*. Exp. 20302-02. M.P. Colombia.
- República Federal de Alemania. (1900). *Código Civil de Alemania*. Alemania.
- República Federal Argentina. (1994). *Ley 24441*. Argentina.
- República Federal de Brasil. (1997). *Ley 9514*. Brasil.
- República del Perú. (1996). *Ley 26.702*. Perú.
- Rengifo, E. (1998). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado.
- Rouillon, A. (2006). *Derechos de Crédito y Procesos Concursales, Grupo de finanzas, sector privado e infraestructura Región de América latina y el Caribe del Banco Mundial*. Washington: The World Bank.
- Tapia, M. (2009). Noción de garantía. En: *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, Colección Textos de Jurisprudencia, Santiago de Chile: Universidad de Chile: y Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Ternera, F. (2009). Propiedad como garantía. En: *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*. Colección Textos de Jurisprudencia, Santiago de Chile: Universidad de Chile: y Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Valencia, A. & ORTÍZ, Á. (2001). *Derecho Civil*. Tomo II: *Derechos Reales*. Bogotá: Temis.